

EFEITOS POSITIVOS DOS CONTRATOS NULOS DE EMPREGO PÚBLICO: DISTINGUIR O JOIO DO TRIGO*

GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO*

Resumo: O artigo advoga a revisão da Súmula n. 363/TST, propondo um novo modelo para o tratamento dos casos de contratação ilegal de empregados públicos, menos casuístico, com foco na coerência científica e no compromisso com o primado da dignidade humana.

Abstract: The paper suggests the revision of Abridgement n. 363/TST, considering a new model for the treatment of the cases of illegal contracts of public officers, less casuistic, with focus in the scientific coherence and also in the commitment with the supremacy of the human dignity.

Sumário: I. Introdução. II. O joio e o trigo. Trabalho ilícito e trabalho proibido. III. Conclusão. IV. Bibliografia.

Palavras-chave: 1. Emprego público; 2. Nulidades no Direito do Trabalho; 3. Trabalho proibido; 4. Enunciado n. 363 do Tribunal Superior do Trabalho.

I INTRODUÇÃO

1. Já começam a ser uníssonas, nas primeiras instâncias das diversas Regiões da Justiça do Trabalho brasileira, as vozes que

pedem uma modificação radical no teor exegético da Súmula n. 363 do Tribunal Superior do Trabalho. Esse sentimento comum reverberou nas primícias de maio (2006), por ocasião do XIII Congresso Nacional de

*O presente artigo corresponde à tese homônima *aprovada* pelo Autor no 2º Encontro Científico dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região (II Pré-CONAMAT – Bauru/SP, 31/03/2006), na 4ª Comissão do XIII Congresso Nacional de Magistrados da Justiça do Trabalho (XIII CONAMAT – Maceió/AL, 04/05/2006) e, finalmente, na **Plenária do XIII CONAMAT** (Maceió/AL, 05/05/2006). A ementa conclusiva aprovada em Plenária corresponde às alíneas «c», «d» e «e» da Conclusão (*infra*).

**GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO, Juiz do Trabalho Titular da 1ª Vara do Trabalho de Taubaté (15ª Região), é Doutor em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor-Assistente Doutor do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté. Diretor Cultural da AMATRA-XV (Associação dos Magistrados do Trabalho da Décima Quinta Região), gestão 2003-2005. Membro da Academia Taubateana de Letras (cadeira n. 18).

Magistrados da Justiça do Trabalho, realizado na cidade de Maceió/AL. Três Juízes do Trabalho encaminharam teses nessa precisa direção, todas aprovadas na respectiva Comissão Temática e, ao depois, na Plenária do XIII CONAMAT.

2. Há, realmente, algum “*non sense*” na inteligência ali sufragada. Reconhece-se a nulidade, obstativa da formação do vínculo empregatício, mas se concedem, paradoxalmente, direitos típicos daquele vínculo, como o respeito ao salário-mínimo/hora e a obrigação de depositar o FGTS. Isso é mais que simplesmente prevenir o enriquecimento sem causa. Afinal, qual o critério científico dessa “seletividade” pretoriana?

3. Parece-nos, em verdade, estar faltando. Daí se pretender, com este trabalho, propugnar uma nova construção dogmática para o problema, conferindo-lhe tratamento mais sistemático e racional, compromissado com os princípios maiores da ordem constitucional em vigor.

II O JOIO E O TRIGO. TRABALHO ILÍCITO E TRABALHO PROIBIDO

4. Em sede jurisprudencial, a celeuma em torno da contratação irregular de empregados públicos, ao arrepio das regras constitucionais e legais de investidura, foi resolvida pela Seção de Dissídios Individuais do C.TST no final da década de noventa. Para tanto, editou-se a Orientação Jurisprudencial n. 85 (SDI-1), depois transformada, por ato do Pleno, na Súmula n. 363¹. Nada obstante, a “*vexata quaestio*” reclama novo dimensionamento, pelas próprias contradições inerentes à inteligência da referida súmula.

5. No Direito Civil, põe-se a “*summa divisio*” entre atos *nulos* e *anuláveis*, sen-

do *nulos* os atos jurídicos praticados por pessoas absolutamente incapazes; os atos jurídicos cujo objeto é ilícito, indeterminado ou impossível; os que não revestem a forma prescrita em lei (incluídas as solenidades “*ad substantiam tantum*”); os de motivo determinante comum e ilícito; os que objetivarem fraudar lei imperativa; e, finalmente, os que a lei ou a Constituição declararem nulos, ou proibirem sem cominar sanção, ou aos quais negarem efeitos (artigo 166, I a VII, do NCC). *Anuláveis*, de sua parte, são os atos jurídicos emanados por agente relativamente incapaz e os eivados por vícios de consentimento (erro, dolo, coação, lesão e estado de perigo) ou por vícios

sociais, i.e., simulação ou fraude (artigo 171, I e II, do NCC). À luz dessas considerações, e por força do artigo 37, II e §2º, da Constituição Federal, o contrato de trabalho do servidor não-concursado, abstraídas as exceções constitucionais (artigo 37, II, “*in fine*”, V e IX), é nulo “*ab ovo*”. Os efeitos dessa nulidade, contudo, não podem ser os mesmos divisados na perspectiva civilista, porque a teoria das nulidades comporta adequações nos lindes do Direito do Trabalho (*diversidade relativa dos efeitos das nulidades*). No plano constitucional, chega-se à mesma or-

dem de conclusões pela interpretação sistemática das normas constitucionais de nulidade: quando o constituinte originário pretendeu obstar qualquer efeito jurídico ao ato nulo, declarou-o expressamente, como se lê no artigo 231, §6º, da CRFB (acerca das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios):

São **nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos**, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a

“Reconhece-se a nulidade, obstativa da formação do vínculo empregatício, mas se concedem, paradoxalmente, direitos típicos daquele vínculo, como o respeito ao salário-mínimo/hora e a obrigação de depositar o FGTS. Isso é mais que simplesmente prevenir o enriquecimento sem causa.”

¹⁴“**Contrato nulo. Efeitos.** A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS”.

exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nela existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, **não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou ações contra a União**, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé (g.n.).

Não o declarou, porém, no parágrafo 2º do artigo 37, conquanto pudesse fazê-lo – donde se entender que a regulação dos efeitos da nulidade ali predisposta foi reservada para o legislador infraconstitucional (cabendo ao Poder Judiciário, à míngua de lei ordinária, colmatar a lacuna correspondente).

6. Tradicionalmente, os que se guiavam pela O.J. n. 85 e que seguem, agora, a Súmula n. 363 do C.TST evocavam, para amparar seu entendimento, o artigo 158 do Código Civil de 1916 (atual artigo 182 do NCC)³. O referido preceito estabelece que, não sendo possível restituir as partes ao “*status quo ante*”, deve-se indenizá-las com o equivalente. Ocorre que o **equivalente** ao trabalho prestado, em sede trabalhista, não são apenas os salários, mas **todos os títulos decorrentes do vínculo empregatício**; caso contrário, o trabalho pessoal e não-eventual prestado sob subordinação e mediante salários, na forma do artigo 3º da CLT, não diferiria da mera locação de serviços (“*locatio conductio operarum*”), disciplinada pelos artigos 1.216

“...é na “*locatio conductio operarum*” e nas figuras afins que a prestação de serviços preordena tão somente uma contraprestação pecuniária simples (“*retribuição*”), sem outros acessórios e à míngua de quaisquer garantias sociais (ut artigos 594 “*in fine*”, 597 e 603 do NCC). Eis a primeira razão pela qual as reflexões clássicas sobre a nulidade do contrato de trabalho nos casos de servidores não-concursados desafiam reparos.”

e ss. do CC/16 e pelos artigos 594 e ss. do NCC/2002. Com efeito, é na “*locatio conductio operarum*” e nas figuras afins que a prestação de serviços preordena tão somente uma contraprestação pecuniária simples (“*retribuição*”), sem outros acessórios e à míngua de quaisquer garantias sociais (ut artigos 594 “*in fine*”, 597 e 603 do NCC). Eis a primeira razão pela qual as reflexões clássicas sobre a nulidade do contrato de trabalho nos casos de servidores não-concursados desafiam reparos.

7. A Emenda Constitucional n. 19/98 (Reforma Administrativa) trouxe consigo modificações relevantes para o tema em comento. Ao introduzir o **princípio da eficiência** (artigo 37, *caput*), o legislador colimou, entre outros objetivos, legitimar ações institucionais impopulares inspiradas no artigo 41, §1º, III (perda de cargo em procedimento de avaliação periódica de desempenho) e no artigo 169, §4º (perda de cargo para contenção de despesa pública com pessoal), ambos da CRFB. Nada obstante, cabe ao intérprete conferir sentido socialmente útil ao novel princípio, para que dele se possam extrair consequências práticas e injunções à própria

Administração Pública. «Eficácia» é noção mais cara à Ciência da Administração que ao Direito. Ganha relevo, por isso, o célebre escólio de PETER DRUCKER⁴ sobre *eficácia e eficiência*. *Eficiência* significa “*fazer as coisas certo*”; corresponde à

²“Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restitui-las, serão indenizadas com o equivalente”.

³Nesse sentido, confira-se: “Servidor público admitido sem concurso. A admissão de servidor público sem observação de concurso público fere frontalmente o disposto no artigo 37, inciso II, da Constituição, quando não se tratar de nomeação para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração. Em se tratando de nulidade absoluta, opera retroativamente, por expressa disposição da lei, atuando como se o ato malsinado jamais houvesse existido. Todavia, a contratação irregular de servidor público torna impossível a recondução das partes ao estado anterior e, neste caso, o trabalhador tem direito aos salários do período trabalhado e mais a nenhuma outra parcela de natureza trabalhista. *Interpretação do artigo 158, do Código Civil Brasileiro*” (TST, RR 165.897/95.3, ac. 1ª T. 4.608/96, Min. Ursulino Santos – g.n.).

⁴Cfr., de PETER DRUCKER, “*Managing of Results*” (Nova York, Harper & Row, 1964) e “*The Effective Executive*” (Nova York, Harper & Row, 1967), *passim*. Cfr., ainda, James A. F. Stoner, R. Edward Freeman, *Administração*, trad. Alves Calado, 5ª ed., Rio de Janeiro, Editora Prentice Hall do Brasil, 1995, p. 136.

capacidade de minimizar o uso de recursos para alcançar os objetivos da organização (que, no caso do Estado e de suas administrações, é o *bem comum*). Nessa medida, se a exoneração de servidores públicos (por «baixo desempenho» ou por questões orçamentárias) comprometer o bom funcionamento dos serviços públicos ou o próprio equilíbrio social (que se ressentir de demissões massivas quando grassam a recessão e o franco desemprego), não estará a Administração primando pela satisfação do *bem comum* e, desse modo, desatenderá ao princípio da eficiência. Noutras palavras, de nada vale reduzir custos e não atingir os objetivos selecionados pelo constituinte originário – entre os quais a solidariedade social, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e das desigualdades sociais e a promoção do bem comum (artigo 3º, I, II, III e IV da CRFB). Estado Mínimo, porém deficiente na consecução dos serviços públicos essenciais, atenta contra o “telos” constitucional, que não contempla os superávits primários ou tampouco a contenção do déficit público (esse último é um objetivo valioso, inclusive de traço legal-constitucional – *ut* Lei Complementar n. 101/2000 e artigos 163 a 169 da CRFB –, mas não é um fundamento da ordem constitucional e democrática em vigor). O princípio da eficiência pode, portanto, ser evocado em favor do cidadão: não há **eficiência administrativa sem responsabilidade social**. Isso há de valer, *e.g.*, para as demissões massivas de “não-concursados”.

8. Em face do artigo 37 da Constituição Federal, há pelo menos três hipóteses de contratação *nula* de servidores públicos: (a) nulidade por violação pura e simples à

“O princípio da eficiência pode, portanto, ser evocado em favor do cidadão: não há **eficiência administrativa sem responsabilidade social**. Isso há de valer, *e.g.*, para as demissões massivas de “não-concursados”.

norma do artigo 37, II, 1ª parte, da CRFB (investidura para cargos, empregos ou funções públicas, por tempo indeterminado, sem aprovação prévia em concurso público, ressalvados os cargos em comissão, de livre nomeação e exoneração); (b) nulidade por violação oblíqua à norma permissiva do artigo 37, inciso II, “*in fine*”, c.c. inciso V, “*in fine*”, da CRFB (contratação sem concurso público a pretexto de ocupação de cargos declarados em lei de livre nomeação e exoneração, em funções cujas características técnicas ou estratégicas não envolvem direção, chefia ou assessoramento⁵); (c) nulidade por violação à norma permissiva do artigo 37, IX, da CRFB (contratação por prazo determinado, sem concurso público, a pretexto de atender necessidade temporária de excepcional interesse público, à míngua de lei específica regulando a matéria ou em desacordo com seus preceitos). Nesse último caso, desde o momento em que se protraem ao desamparo da lei municipal, estadual ou federal, os contratos de trabalho viciam-se irremediavelmente por nulidade absoluta – o que, todavia, não fulmina direitos adquiridos no lapso contratual anterior ao exaurimento do interstício legal ou à nota de irregularidade (“*utile per inutile non vitiatur*”).

9. Em todas as hipóteses *supra*, se houve trabalho subordinado, oneroso, pessoal e não-eventual, houve **relação de emprego** (artigo 3º, *caput*, da CLT), a despeito do elemento subjetivo que informou o comportamento das partes. Daí porque, nesses casos, todos os consectários da relação de emprego são em princípio devidos (inclusive anotação em CTPS, contagem do tempo de serviço para fins previdenciários, horas

⁵Ou seja, cargos, empregos e funções públicas que não reclamam *especial confiança administrativa* (reservada, na expressão constitucional, “*apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento*”). É o caso, *e.g.*, de funções públicas de *portaria* ou de *limpeza* de prédios públicos, declaradas em lei de livre nomeação e exoneração: evidenciam-se, pela quebra ostensiva do **princípio da razoabilidade**, o logro dissimulado aos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, não raro com vistas ao favorecimento de apaniguados ou ao empreguismo público.

extraordinárias, verbas resilitórias e FGTS), apesar da nulidade do contrato de trabalho. Isso se explica, a uma, pela incidência, na espécie, do **princípio da primazia da realidade** (que realiza, nessa medida, o princípio da dignidade da pessoa humana)⁶. A duas, explica-se porque ato jurídico *nulo* é algo diverso de ato jurídico *inexistente*, assim como *nulidade* e *ineficácia* são conceitos ontologicamente distintos. A Constituição Federal impinge a nulidade à contratação de servidor sem concurso público, mas *não a declara de nenhum efeito* – e a interpretação das normas constitucionais deve primar pela **máxima efetividade** das normas de direitos fundamentais⁷ (como são as normas do artigo 7º da CRFB, que definem os **direitos sociais**⁸, típicos direitos humanos de segunda geração). Logo, a inteligência da Súmula n. 363/TST no mínimo desconsidera um princípio hermenêutico elementar na aplicação das normas constitucionais. Ademais, as chamadas verbas resilitórias, assim como o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e o próprio direito à segurança social têm, todos, “*status*” constitucional, eis que previstos nos artigos 7º e 194 da Constituição (respectivamente, “*Dos Direitos Sociais*” e “*Da Seguridade Social*”); por força de uma simples *interpretação sistemática*

(válida para qualquer espécie normativa), não seria razoável imaginar que a regra do artigo 37, §2º, da Constituição Federal pudesse, por si só, elidir as garantias sociais constitucionais em alguma situação concreta.

10. Por tudo isso, melhor partir-se da conhecida dicotomia entre **trabalho ilícito** e **trabalho proibido**⁹ para proceder à análise dos efeitos das nulidades no âmbito da relação de emprego. Em ambos os casos, o vício do contrato está em seu *objeto*. No primeiro caso, porém, esse objeto é **ilícito**, enquanto, no segundo caso, é **juridicamente impossível**. Conquanto na órbita do Direito Civil, o efeito final de uma e outra nulidade seja idêntico, no Direito do Trabalho, identificam-se consequências diversas. Têm objeto ilícito os contratos de trabalho que visem a préstimos inconciliáveis com o núcleo essencial e irredutível da dignidade humana (como, *e.g.*, a prestação de favores sexuais ou a plena disponibilidade corporal ou biológica à pessoa do contratante); também são ilícitos os contratos que visem à realização de condutas penalmente típicas (crimes ou contravenções penais “*in tese*”). Nessas hipóteses, não há qualquer direito em favor do “trabalhador”, como tem reconhecido o C. TST em casuísticas específicas (*cfr.*, *e.g.*, a O.J.

“Logo, a inteligência da Súmula n. 363/TST no mínimo desconsidera um princípio hermenêutico elementar na aplicação das normas constitucionais.”

⁶Princípio jurídico que também é **valor constitucional imanente e fundamento da República Federativa do Brasil** (artigo 1º, III, CRFB). Sobre a correlação entre o princípio da primazia da realidade e o princípio da dignidade da pessoa humana, *cfr.*, por todos, Américo Plá Rodríguez, *Princípios de Direito do Trabalho*, trad. Wagner Giglio, 4ª tiragem, S.Paulo, LTr, 1996, p.233: “Dado que o efeito principal do contrato é a prestação da atividade humana, parece claro que esse fato – que, em certo grau, *participa da dignidade procedente da natureza humana* – deve *primar sobre um elemento puramente intelectual e especulativo*, como pode ser o texto de um contrato” (ou, acresça-se, o «acordo de vontades» em um ajuste verbal).

⁷A isso se denomina **princípio da máxima efetividade**. Veja-se, por todos, J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 1999, p.1151: “Este princípio, também designado por **princípio da eficiência** ou princípio da interpretação efectiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais [...] sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (*no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais*)” (*g.n.*).

⁸Sobre o caráter fundamental dos direitos humanos sociais, que nos parece indiscutível, *cfr.*, por todos, Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 3. Aufl., Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1996, pp.454-472; no Brasil, Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 6ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006, pp.56-57.

⁹Sobre essa distinção, leia-se, por todos, Octavio Bueno Magano, *Direito Individual do Trabalho*, 4ª ed., São Paulo, LTr, 1993, pp.202-203.

n. 199 da SDI-I/TST¹⁰). Já por trabalho juridicamente impossível (*proibido*) compreende-se aquele em que o objeto do contrato, em si mesmo, não contém qualquer ilicitude, porque a atividade empreendida pelo laborista é intrinsecamente incensurável; nada obstante, circunstâncias extrínsecas ao próprio trabalho têm o condão de torná-lo *proibido* (v.g., a idade do trabalhador, a sua condição de imigrante ilegal ou o não-cumprimento de formalidades exigidas pela legislação). Nesses casos, **até que a nulidade seja declarada, o pacto laboral deve surtir todos os efeitos legais**, exatamente porque é impossível restituir-se ao trabalhador o “*status quo ante*” (artigo 182 do NCC). Tal compreensão é pacífica quando se trata, p. ex., de empregado menor de dezesseis anos (vide artigo 7º, XXXIII, da CRFB).

11. As três hipóteses de contratação nula junto à Administração (item 8, *supra*) configuram, em princípio, hipóteses de **trabalho proibido**, já que as funções exercidas geralmente não são, em si mesmas, ilícitas (magistério, vigilância, portaria, assessoramento, direção veicular, serviços gerais etc.¹¹). Diante disso, todos os consectários do contrato são devidos ao trabalhador, até que se declare a nulidade. Já não será assim, porém, se o contrato celebrado for concretamente **ilícito** (caso dos «funcionários-fantasmas»

e das atividades escusas financiadas com dinheiro público).

12. A casuística demonstra, de outra parte, que ao dispensar servidores admitidos sem prévio concurso público, as prefeituras municipais usualmente se limitam a romper o contrato de trabalho, sem justa causa do empregado (**resilição unilateral**). É que se a Administração não declara a nulidade da contratação (Súmula n. 346/STF) mediante ato administrativo de igual ou superior hierarquia à daquele pelo qual investiu o servidor (“*unumquodque dissolvitur eo modo quod fuerit colligatum*”), tecnicamente não terá *rescindido* o contrato (a

rescisão é a modalidade de extinção contratual própria dos casos de nulidade¹²), mas, antes, ter-se-á cingido à **resilição** (= denúncia vazia); e se simplesmente *resile* o contrato de trabalho, é porque o pacto prossegue surtindo seus integrais efeitos até o fim $\frac{3}{4}$ inclusive os decorrentes da resilição unilateral por iniciativa do empregador (títulos resilitórios: aviso prévio indenizado, verbas proporcionais, indenização de 40% sobre o F.G.T.S. depositado etc.).

13. A boa-fé do trabalhador deve ser sempre presumida (artigo 113 do NCC), mas à Administração Pública abre-se a possibilidade de comprovar que houve, na contratação irregular, **conluio** entre o servidor contratado e o administrador ímprobo.

*“A boa-fé do trabalhador deve ser sempre presumida (artigo 113 do NCC), mas à Administração Pública abre-se a possibilidade de comprovar que houve, na contratação irregular, **conluio** entre o servidor contratado e o administrador ímprobo. “*

¹⁰Jogo do bicho. Contrato de trabalho. Nulidade. Objeto ilícito. Arts. 82 e 145 do Código Civil” (08.11.2000). Mas, em alguns Regionais, já se julgou em sentido contrário.

¹¹São todos serviços concretamente prestados ao ensejo de contratos de trabalho nulos celebrados em diversos Municípios do Estado de São Paulo. A informação provém da experiência pessoal do Autor, na condição de Juiz do Trabalho da Décima Quinta Região, ao longo de nove anos de carreira.

¹²GOMES e GOTTSCHALK chegaram a sustentar que “em Direito do Trabalho não oferece interesse a distinção que a doutrina faz entre rescisão e resilição, já que a nulidade determinante da rescisão não se opera retroativamente no contrato de trabalho” (Orlando Gomes, Elson Gottschalk, *Curso de Direito do Trabalho*, 14ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1996, p.356, nota n. 2). Como se vê, isso não é verdadeiro: saber se a hipótese é de *resilição* (denúncia vazia) ou de *rescisão* (em virtude de nulidade) tem interesse para aferir o direito do trabalhador a, p. ex., receber certos títulos resilitórios (aviso prévio indenizado, indenização de 40% sobre FGTS), que só seriam devidos em caso de resilição espontânea e não-motivada. Com efeito, não haveria sentido em se admitir que a Administração declare a nulidade dos contratos celebrados (Súmula n. 346/STF) e, ao mesmo tempo, exigir-lhe que mantenha esse contrato por mais trinta dias (artigo 487, II, da CLT), apesar dos vícios. Feriria o princípio da moralidade administrativa (artigo 37, *caput*, da CRFB).

Se lograr prová-lo, elidindo a presunção de boa-fé, eximir-se-á da obrigação de quitar os direitos trabalhistas, já que se configura um tipo de *fraude* muito comum, apta a contaminar o objeto mesmo do contrato. Isso porque, amiúde, a conduta concertada do servidor e do administrador ímprobo admite subsunção à tipologia do Direito Penal (notadamente artigos 171, 317, 319, 321, 328, 332 e/ou 333 do Código Penal). Nessas circunstâncias, impõe-se negar qualquer efeito trabalhista típico ao pacto laboral, aplicando “*in totum*” a inteligência da Súmula n. 363 do C.TST na redação original (prevenindo, no limite, o enriquecimento sem causa), ou mesmo – a depender da hipótese – recusando a própria retribuição pecuniária dos supostos serviços (como, *e.g.*, no caso dos «funcionários-fantasmas»).

14. O administrador que, por dolo ou culpa (negligência/imprudência), contrata servidores sem lhes exigir a prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, fazendo tábula rasa da norma constitucional inserta no artigo 37, II, incorre em **ato de improbidade administrativa** (artigo 11 da Lei n. 8.429 de 2.6.1992¹³). Cabe ao magistrado trabalhista, em atenção ao artigo 37, §§ 2º e 4º – que determina a *punição* das autoridades públicas pelos atos de improbidade em geral e pela inobservância “*in specie*” das formalidades do artigo 37, II e III –, oficiar aos órgãos do Ministério Público Estadual (se se tratar de autoridade administrativa municipal ou estadual) ou Federal (se se tratar de autoridade federal), com cópia da sentença condenatória e dos demais elementos de convicção amealhados, visando ao ajuizamento, pelo “*Parquet*”, da competente **ação civil pública de improbidade**. Poder-se-á obter, assim, o ressarcimento do erário.

III CONCLUSÃO

15. A Administração Pública, na forma da Súmula n. 346 do STF, pode declarar

a nulidade de seus próprios atos. No caso de contratação pública sem concurso (fora dos casos permitidos), a nulidade que se verifica pertence àquela segunda espécie do item 10 (= impossibilidade jurídica do objeto): trata-se de trabalho proibido por ausência de formalidade, não de trabalho ilícito. Dessarte, **o contrato de trabalho deve produzir efeitos regulares até que sua nulidade seja decretada pela Administração** (efeitos “*ex nunc*”), ou se estaria sufragando enriquecimento sem causa do empregador público, em detrimento da legislação em vigor (artigos 884 a 886 do NCC). Com efeito, eventuais reflexos “*ex tunc*” da declaração de nulidade jamais aproveitariam ao empregado, que não pode ter de volta a força de trabalho despendida (artigo 182 do NCC). Ser-lhe-ão devidos, portanto, todos os consectários do contrato de emprego, o que abrange o pagamento de horas normais e extraordinárias, o FGTS, os adicionais de remuneração (insalubridade, periculosidade, transferência, etc.), as contribuições sociais de empregador e inclusive as verbas resilitórias (exceto quando a Administração Pública **rescindir** o contrato de trabalho com fundamento na nulidade, mediante ato administrativo de hierarquia igual ou superior àquele da investidura: nesse caso, deixam de ser devidos o aviso prévio indenizado e a indenização de 40% sobre o FGTS). Há que distinguir, ademais, entre as contratações meramente irregulares (nas quais não há a figura do “apaniguado” e tampouco interferem elementos de corrupção, advocacia administrativa ou tráfico de influência) e as contratações maliciosas (eivadas de má-fé e amiúde criminosas).

16. Por conseguinte, e na mesma esteira, convém concluir, em síntese e arremate, que:

(a) a inteligência da Súmula n. 363 do TST merece reparos, pois trata indiscriminadamente de duas situações

¹³Em todos os casos, o administrador obra com improbidade por violação aos deveres de honestidade e imparcialidade, que correspondem, respectivamente, aos *princípios da moralidade administrativa* e da *impessoalidade*, visados pelo artigo 11 da Lei n. 8.429/92. Assim, *p. ex.*, se o administrador contrata uma leva de servidores sem ao menos realizar o concurso público, *deixa de praticar, indevidamente, ato de ofício* (artigo 11, II da Lei n. 8.429/92). Se, por outro lado, realiza o certame, mas admite pessoas que não foram aprovadas ou classificadas, ou as admite ao arremate da classificação geral, ou se, ademais, permite o vazamento de informações para favorecer alguns inscritos, *frustra-se a licitude de concurso público* (artigo 11, V, da Lei n. 8.429/92).

substancial e axiologicamente diversas, a saber, a do contratado de boa-fé e a do «apaniguado»;

(b) O tratamento dado pela Súmula n. 363 a tantos quantos são, de boa-fé, admitidos sem concurso, não atende ao seu alegado fundamento (artigo 182/NCC), uma vez que não há indenização pelo “equivalente”, mas antes pelo que seria devido em uma “*locatio conductio operarum*”, tisonando o princípio da primazia da realidade;

(c) Os contratos de emprego público celebrados sem concurso são nulos de pleno direito. Mas não são nulos por engendrarem trabalho ilícito e sim por engendrarem trabalho meramente proibido (ausência de formalidade essencial à investidura). Logo, a nulidade só pode gerar efeitos “*ex nunc*”;

(d) Em vista disso, e ante a necessidade concordância prática entre o princípio da eficiência administrativa e o primado da responsabilidade social, conclui-se que os contratos nulos de emprego público devem produzir seus efeitos regulares até a decretação da nulidade pela própria Administração (Súmula n. 346/STF) ou pelo Poder Judiciário, mas sempre com efeitos “*ex nunc*”. São devidos ao trabalhador de boa-fé todos os consectários do contrato de emprego, o que abrange o pagamento de horas normais e extraordinárias, o FGTS, os adicionais de remuneração, as contribuições sociais de empregador e inclusive as verbas resilitórias;

(e) O erário deve ser ressarcido pelo administrador público que, violando o princípio da acessibilidade à função pública mediante concursos isentos, perpetrar ato de improbidade (artigo 11 da Lei n. 8.429/92) e deve ser acionado pelo Ministério Público, no foro próprio, mediante provocação do Juiz do Trabalho;

(f) Nos casos de má-fé (como, *e.g.*, nos “apadrinhamentos”), tratando-se de trabalho ilícito (que tende a consubstanciar, direta ou indiretamente, crime ou contravenção penal), eventual direito do favorecido restringe-se à mera contraprestação do trabalho, sem vinculação ao salário mínimo ou incidência de FGTS; e, não raro, tal direito sequer existirá (como, *e.g.*, na hipótese de «funcionários-fantasmas»).

IV. BIBLIOGRAFIA

ALEX, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999.

DRUCKER, Peter. *Managing of Results*. Nova York: Harper & Row, 1964.

_____. *The Effective Executive*. Nova York: Harper & Row, 1967.

GOMES, Orlando. GOTTSCHALK, Élson. *Curso de Direito do Trabalho*. 14ª ed. Rio de Janeiro, Forense: 1996.

MAGANO, Octavio Bueno. *Direito Individual do Trabalho*. 4ª ed. São Paulo: LTr, 1993.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de Direito do Trabalho*. Trad. Wagner Giglio. 4ª tiragem. São Paulo: LTr, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

STONER, James A. F. FREEMAN, R. Edward. *Administração*. Trad. Alves Calado. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Prentice Hall do Brasil, 1995.